

Sonderdruck aus

Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht

Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive

herausgegeben von
Christian Baldus
Peter-Christian Müller-Graff

Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht

Prof. Dr. Peter Jung

Die Beschäftigung mit Generalklauseln im deutschen und französischen Vertragsrecht führt zu einer rechtsvergleichenden Betrachtung der Rechtsquellen- und Methodenlehre überhaupt. Die Bedeutung von Generalklauseln in einer Rechtsordnung ist nämlich unmittelbar mit der Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und Richter, dem Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit sowie den Methoden der Präzisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und der Rechtsfortbildung intra legem verbunden.

Die Frage, wie es eine Rechtsordnung mit den Generalklauseln hält, ist daher eine Gretchenfrage, auf die die Antwort zwar nicht leicht fällt, die aber umso mehr besondere Aufmerksamkeit verdient. Im folgenden soll daher trotz der Fülle des nicht mehr überschaubaren Materials ein möglichst zutreffendes rechtsvergleichendes Bild von der Bedeutung und Handhabung der Generalklauseln im deutschen und französischen Vertragsrecht gezeichnet werden. Dem Generalthema entsprechend soll damit zugleich ausgelotet werden, was der Anwender von Generalklauseln im Gemeinschaftsprivatrecht insoweit von der deutschen und französischen Rechtswissenschaft an Hilfestellungen erwarten kann.

I. Der Begriff der Generalklausel im deutschen und französischen Recht

In der deutschen Rechtstheorie und Methodenlehre ist der Begriff der Generalklausel spätestens seit der berühmten Monographie von Justus Wilhelm Hedemann¹ etabliert. Die immer noch offene Diskussion um Begriffsmerkmale, Funktionen und Wesen der Generalklauseln läßt sich

¹ J.W. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933.

allerdings kaum mehr überschauen.² Mit dem Begriff der Generalklausel werden im Vertragsrecht allgemein und ohne Zögern die „königlichen“ §§ 138, 157 und 242 BGB bezeichnet.³ Teilweise werden aber auch etwa die §§ 311 Abs. 1 bis 3, 307 Abs. 1 und 2, 313, 314, 315 und 317 BGB als Beispiele genannt⁴ oder in einem weiteren Sinne alle unbestimmten und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe als Generalklauseln bezeichnet. Die deutsche Begriffsbestimmung setzt teilweise an besonderen inhaltlichen oder funktionalen Merkmalen oder an einer Kombination von beiden an.

Inhaltlich werden der Generalklausel zumeist ein weiter Anwendungsbereich⁵ und eine besonders große Unbestimmtheit im Kernbereich der Regelung⁶ sowie eine Ausfüllungsbedürftigkeit⁷ und Anpassungsfähigkeit⁸ auf der Tatbestands- und/oder Rechtsfolgeenseite zugeschrieben. Bei Englisch bezeichnet der Begriff der Generalklausel hingegen schlicht eine allgemeine im Gegensatz zu einer kasuistischen Regelung, womit dann auch die Existenz einer nach Tatbestand und Rechtsfolge bestimmten Generalklausel im Vertragsrecht (z.B. §§ 133, 311 Abs. 1 BGB) nicht ausgeschlossen ist.⁹

² Siehe dazu nur die aktuellen Monographien von A. Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004 und M. Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005.

³ Zur Bezeichnung dieser Gruppe von Generalklauseln als sog. „königliche Paragraphen“ J. W. Hedemann, Werden und Wachsen, S. 9 f.

⁴ Siehe die ausführliche Liste bei A. Röthel, Normkonkretisierung, S. 37 f. sowie etwa J. Schapp, Methodenlehre, S. 42 und 110.

⁵ J. Schapp, Methodenlehre, S. 109; F. Müller / R. Christensen, Methodik, Bd. 1, Rn. 318.

⁶ E.A. Kramer, Methodenlehre, S. 61 („besonders qualifizierte Vagheit“); R. Weber, AcP 192 (1992), 516, 524 (Fehlen eines inhaltlich eindeutig belegbaren Begriffskerns); A. Röthel, Normkonkretisierung, S. 34.

⁷ H.-W. Haubelt, Konkretisierung, S. 4 f.; E.A. Kramer, Methodenlehre, S. 117.

⁸ E.A. Kramer, Methodenlehre, S. 117.

⁹ K. Englisch, Einführung in das juristische Denken, S. 156 ff.; J. Schapp, Methodenlehre, S. 109; krit. S. Kamanabrou, AcP 202 (2002), 662, 667 f.

Funktional hat die Generalklausel in inhaltlicher Hinsicht eine Verweis-¹⁰, Wegweiser-¹¹, Kompromiß-¹², Anpassungs-¹³ und Systemwahrungsfunktion¹⁴ zu erfüllen. Gesetzestechnisch wird ihr eine Vereinfachungs-¹⁵ und Konzentrationsfunktion¹⁶ beigemessen. In kompetenzmäßiger Hinsicht kommt ihr eine Delegations-¹⁷ oder Fluchtfunktion¹⁸ zu. Bei der Rechtsanwendung sorgt sie für eine Änderung der Rechtsanwendungsmethode¹⁹

¹⁰ Zum Verweis auf ethisch-moralische Wertmaßstäbe: J.W. Hedemann, Flucht, S. 59 f.; G. Teubner, Standards, S. 61 ff.; A. Röthel, Normkonkretisierung, S. 31 f.; zum Verweis auf Verkehrsbedürfnisse: E. Fuchs, Die Justiz 1925/26, 349; zum Verweis auf ökonomische Wertmaßstäbe: E.A. Kramer, Methodenlehre, S. 235; zum Verweis auf die für jede Rechtsordnung konstitutiven gesellschaftlichen Basiswertungen: E.A. Kramer, Methodenlehre, S. 63 f.

¹¹ E.A. Kramer, Methodenlehre, S. 66 f. („Orientierungshilfe“); F. Bydliński, Symposium Wieacker, S. 189, 199 („Wegweiser zum benötigten Normenmaterial“).

¹² Vgl. für das schweizerische Recht E.A. Kramer, Methodenlehre, S. 63 und für das Gemeinschaftsprivatrecht Th. Pfeiffer, Generalklausel (in diesem Band).

¹³ R. Weber, AcP 192 (1992), 516, 521 f.; E.A. Kramer, Methodenlehre, S. 63 f.

¹⁴ J.W. Hedemann, Flucht, S. 58 f. („Gegenüber solcher Zersplitterung bieten sich die Generalklauseln wie Retter des Systems, wie Kuppelbauten, zusammenfassende Glocken an, die über den kümmerlichen Kleinstoff gestülpt werden können.“); D. Looschelders / W. Roth, Methodik, S. 109 (Verhinderung unstimmi-ger Ergebnisse).

¹⁵ J.W. Hedemann, Flucht, S. 58 („Stück offengelassener Gesetzgebung“); D. Looschelders / W. Roth, Methodik, S. 23 (Herstellung der Regelbarkeit in vielgestaltigen und unüberschaubaren Regelungsbereichen); ähnlich J. Schapp, Methodenlehre, S. 108 f.

¹⁶ Zur Konzentration der wertgebundenen Rechtsanwendung und -fortbildung auf einige wenige „Einfallstore“ etwa J. Münch, Strukturprobleme, S. 147, 162.

¹⁷ E. A. Kramer, Methodenlehre, S. 63; noch stärker differenzierend unterscheidet G. Teubner, Standards, S. 61 ff., im Zusammenhang mit der Verrechtlichung moralischer Vorstellungen durch § 138 BGB und nach der Reichweite der richterlichen Kompetenz zwischen Rezeptionsfunktion (bloße Kontrollkompetenz des Richters), Transformationsfunktion (Mitwirkung des Richters an der Herausbildung von Moralvorstellungen) und der Delegationsfunktion (Ermächtigung zur ungebundenen richterlichen Normsetzung); inhaltlich auch bereits J.W. Hedemann, Flucht, S. 58.

¹⁸ U. Diederichsen, Flucht des Gesetzgebers, 1974.

¹⁹ Dazu etwa R. Weber, AcP 192 (1992), 516, 552 (wertende Einzelfallentscheidung statt Subsumtion); J. Schapp, Methodenlehre, S. 107 f. (Abwägung statt Subsumtion); K. Adomeit, Normlogik, S. 175 (Rückgriff auf Generalklausel statt wortlautsprengender Interpretation einer konkreten Regelung); K. Larenz, Methodenlehre, S. 223 f. (Aufforderung zum wertorientierten Denken).

und erfüllt unter Umständen eine Ergänzungs-²⁰, Kontroll- bzw. Korrektur-²¹, Milderungs-²² und Ausschmückungsfunktion²³. Gesellschaftlich betrachtet soll sie schließlich die Akzeptanz der Rechtsordnung insgesamt fördern.²⁴

Vor dem Hintergrund einer umstrittenen Begriffsbestimmung bereitet auch die Abgrenzung des Begriffs der Generalklausel gegenüber verwandten Erscheinungsformen naturgemäß Schwierigkeiten.²⁵ Im Gegensatz zum Programmsatz wird die Generalklausel überwiegend als unmittelbar geltende Rechtsregel betrachtet.²⁶ Anders als das Rechtsprinzip soll sie uneingeschränkte Geltung beanspruchen.²⁷ Mit der Blankettnorm (z. B. § 134 BGB) teile die Generalklausel zwar den Verweischarakter, doch sei der Verweis bei den Generalklauseln weniger konkret und zumindest auch auf außerrechtliche Maßstäbe gerichtet.²⁸ Im Gegensatz zu einer Ermessensvorschrift, die bewußt eine subjektiv-persönliche Entscheidung des über einen Spielraum verfügenden Rechtsanwenders für maßgeblich erkläre, gehe es bei Generalklauseln um eine generelle Regelung, die trotz ihrer notgedrungenen inhaltlichen Unbestimmtheit unmittelbar für den einzelnen Fall Verbindlichkeit beanspruche und wegen ihrer von jedermann erfaßbaren Werthaltigkeit der Umsetzung in eine

²⁰ F. Wieacker, Präzisierung, S. 5 ff.

²¹ Dazu bereits G. Hartmann, AcP 73 (1888), 309, 315; ferner F. Wieacker, Präzisierung, S. 5 ff.; R. Weber, AcP 192 (1992), 516, 561; D. Looschelders / W. Roth, Methodik, S. 109 (Verhinderung unangemessener oder unstimmiger Ergebnisse); vgl. auch zur Frage der Existenz „korrekturfester“ Rechtssätze Staudinger / J. Schmidt, § 242 BGB Rn. 252 ff.

²² Über Generalklauseln kann die jeder systematischen Kodifikation innewohnende Strenge (vgl. B. Oppetit, D.1996.chron.33: „La codification ... a en elle un esprit de système et de totalité“) im Einzelfall abgemildert werden; im BGB erwiesen sich die Generalklauseln als Einfallstore für die „Tropfen sozialistischen Öls“ (dazu nur Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 518).

²³ J.W. Hedemann, Flucht, S. 64 („Die ‚Verzierung‘ gefundener Entscheidungen mit ‚Treu und Glauben‘ ist nahezu schon zum Sport der heutigen Juristengeneration geworden.“); ähnlich A. Bueckling, ZRP 1983, 190, 191 („Champagnerklauseln“).

²⁴ E.A. Kramer, Methodenlehre, S. 64.

²⁵ In der Sache bereits J.W. Hedemann, Flucht, S. 53 f.

²⁶ Dazu bereits J.W. Hedemann, Flucht, S. 54 f.

²⁷ F. Bydlinski, Symposium Wieacker, S. 189, 198 f.

²⁸ A. Röthel, Normkonkretisierung, S. 34 f.; H.-W. Haubelt, Konkretisierung, S. 15 f.

sachhaltige Norm durch ein spezielles Organ nicht bedürfe²⁹. Vom unbestimmten und wertausfüllungsbedürftigen Begriff sowie vom Typus soll sich die Generalklausel schließlich durch ihren Charakter als Rechtssatz³⁰, als wertausfüllungsbedürftige Verweisnorm³¹ bzw. ihren breiten Anwendungsbereich³² unterscheiden.

In der französischen Rechtstheorie und Methodenlehre ist der Gattungsbegriff der Generalklausel (clause oder disposition générale) hingegen nicht etabliert. Zwar ist bisweilen von prescriptions oder normes générales die Rede, doch werden damit dann allgemeine Rechtsregeln wie der Grundsatz nulla poena sine lege, das Rückwirkungsverbot oder das Verbot des déni de justice bezeichnet³³. Im übrigen spricht man durchaus präziser von allgemeinen Rechtsgrundsätzen (principes généraux, principes fondamentaux³⁴, principes vastes³⁵), weichen Rechtsregeln (règles souples³⁶, paragraphes caoutchoucs³⁷), Richterrechtskonzepten (concepts arbitraires³⁸, Konzepten mit Ventulfunktion (concepts soupapes)³⁹, Standards (standards)⁴⁰, unbestimmten Rechtsbegriffen (notions floues⁴¹, notions générales au contenu indéterminé⁴², notions souples à contenu variable⁴³), Rahmenbegriffen (notions cadres⁴⁴), entwicklungsfähigen

²⁹ H.-W. Haubelt, Konkretisierung, S. 22 f.; K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 166 ff.

³⁰ S. Kamanabrou, AcP 202 (2002), 662, 665 mit Fn. 13.

³¹ H.-W. Haubelt, Konkretisierung, S. 8 f.

³² J.W. Hedemann, Flucht, S. 53 f.

³³ Siehe dazu etwa J.-L. Bergel, Méthodologie, S. 118.

³⁴ X. Labbé, Introduction, S. 205.

³⁵ P. Roubier, Théorie générale, S. 110.

³⁶ B. Starck / L. Roland / H. Boyer, Introduction, Rn. 340.

³⁷ J.-L. Bergel, Méthodologie, S. 116.

³⁸ X. Labbé, Introduction générale, S. 206.

³⁹ J.-L. Bergel, Méthodologie, S. 116.

⁴⁰ R. Cabrillac, Introduction, Rn. 30.

⁴¹ X. Labbé, Introduction, S. 204.

⁴² J. Ghestin / G. Goubeaux / M. Fabre-Magnan, Traité de Droit Civil – Théorie Générale, Rn. 469.

⁴³ J.-L. Bergel, Méthodologie, S. 116 nennt als Beispiele la faute, la négligence, l'imprudence, l'intérêt général, l'équité, l'urgence, les bonnes mœurs, le bon père de famille, l'ordre public etc.

⁴⁴ R. Cabrillac, Introduction, Rn. 30 und 136 nennt als Beispiel den Begriff des Kindeswohls.

Rechtsbegriffen (notions évolutives)⁴⁵ oder Grundbegriffen (notions fondamentales).

II. Die Bedeutung der Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht

1. Rechtsvergleichender Befund

Das Fehlen eines entsprechenden Begriffs in der Rechtstheorie und Methodenlehre paßt zu der traditionell geringen Bedeutung der Generalklauseln im französischen Vertragsrecht. Mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (bonne foi) in Art. 1134 Abs. 3 C. civ., der generellen Bezugnahme auf die Billigkeit (équité) und Verkehrssitte (usage) in Art. 1135 C. civ. und dem Verweis auf die bonnes mœurs in Art. 6 und 1133 C. civ. finden sich im Vertragsrecht des Code civil zwar Regelungen, die den deutschen Generalklauseln nahezu wörtlich gleichen. Diese Vorschriften fristeten jedoch bis vor gut zehn Jahren mehr oder weniger ein Schatten-dasein. Im 19. Jahrhundert gingen die liberal eingestellten Kommentatoren des Code civil achtlos über sie hinweg. Die Vertreter der sog. école de l'exégèse⁴⁶ huldigten einem aus ihrer Sicht lückenlosen Gesetzeswortlaut⁴⁷ sowie einer an den mos geometricus erinnernden exegetischen Methode⁴⁸. Diese Schule dominierte bis etwa 1880⁴⁹. Erst im Zuge der Industrialisierung kam es zu einer Kritik an der positivistischen und extrem liberalen Ausrichtung der französischen Rechtswissenschaft.⁵⁰ Dennoch

⁴⁵ X. Labbée, Introduction, S. 204.

⁴⁶ Zu den Begründern der école de l'exégèse werden gezählt (bis 1830): Maleville, Toullier, Delvincourt, Proudhon, Merlin und Chabot de l'Allier; in ihrer Blütezeit von 1830 bis 1880 gehörten der Schule an: Duranton, Marcadé, Colmet de Santerre, Larombière, Moulou, Demolombe, Demante, Troplong, Taulier, Aubry, Rau und Baudry-Lacantinerie (näher Bonnecase, La pensée juridique française Bd. I, 1933, S. 289 ff.).

⁴⁷ Charakteristisch hierfür ist das von ihrem Mitglied Bugnet geprägte Motto der Schule: « Je ne connais pas le Droit civil, j'enseigne le Code Napoléon! » (vgl. dazu J. Bonnecase, La pensée juridique française Bd. I, 1933, S. 292 und 524 ff.).

⁴⁸ Charakteristisch hierfür ist das Bekenntnis von L. Liard, L'enseignement supérieur en France Bd. II, S. 397: « Le juriste pur est un géomètre. ».

⁴⁹ Zur Rolle der école de l'exégèse im 19. Jahrhundert F. Géný, Méthode d'interprétation Bd. I, 1919, Rn. 27 und J. Bonnecase, La pensée juridique française Bd. I, 1933, S. 348.

⁵⁰ Siehe insbesondere F. Géný, Méthode d'interprétation Bd. I, 1919, Rn. 31 ff.; zur Entwicklung aus heutiger Sicht J. Bonnecase, La pensée juridique française

wurden bonne foi und équité auch im 20. Jahrhundert überwiegend als concepts morts und notions vides betrachtet. In den Lehrbüchern und Kommentierungen fanden die Generalklauseln keine oder nur geringfügige Erwähnung.⁵¹

Demgegenüber kam es in Deutschland im Zusammenhang mit den Problemen der industriellen Revolution zu einer „steilen Karriere“ der §§ 138, 157 und 242 BGB, die bis zum ersten Weltkrieg nahezu abgeschlossen war.⁵² § 242 BGB stieß schon kurz nach seiner Verabschiedung auf großes wissenschaftliches Interesse⁵³ und wurde bald als „königlicher Paragraph“ gefeiert.⁵⁴ Es scheiterten Bestrebungen, das Prinzip von Treu und Glauben zu einem „Begleitsatz der Vertragstreue“ herabzustufen⁵⁵ oder für bedeutungslos zu erklären⁵⁶. Stattdessen erlebte § 242 BGB auch unter dem Einfluß der Freirechtsschule⁵⁷ und Interessenjurisprudenz⁵⁸ ei-

Bd. I, 1933, S. 296 ff.; zur Betonung sozialer Einflüsse auf das Vertragsrecht durch Saleilles, Duguit, Louis-Lucas, Savatier und Gounot siehe die Darstellung bei J.-L. Gazzaniga, Introduction historique, S. 194 ff.

⁵¹ Für den Grundsatz von Treu und Glauben und die Fallgruppe des Wegfalls der Geschäftsgrundlage siehe die zahlreichen Nachweise bei P. Jung, Vertragsbindung, S. 211 mit Fn. 36 und S. 216 mit Fn. 74.

⁵² H.W. Strätz, Treu und Glauben, S. 18 und 22 und W. von Henle, Treu und Glauben im Rechtsverkehr, 1912.

⁵³ Zu nennen sind insbesondere die umfangreichen Darstellungen von K. Schneider, Treu und Glauben, 1902; ders., ArchBürgR 25 (1905), 269 ff.; R. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897; ders., Die Lehre vom richtigen Rechte, 1902; W. G. Kruhoffer, Die exceptio doli generalis im Recht der Schuldverhältnisse, 1909; W. von Henle, Treu und Glauben im Rechtsverkehr, 1912 und Wendt, AcP 100 (1906), 1 ff.

⁵⁴ J.W. Hedemann, Werden und Wachsen, S. 10: „Was wollen z. B. hundert Paragraphen aus einer Ecke des Erbrechts gegen die eine königliche Regel, daß alle Verträge unter das Zeichen von Treu und Glauben gestellt sind?“.

⁵⁵ In diesem Sinne K. Schneider, Treu und Glauben, S. 240.

⁵⁶ In diesem Sinne L. Seuffert, Grundsätze, S. 59.

⁵⁷ Vgl. dazu nur E. Fuchs, Die Justiz 1925/26, 349: „Gut ist das BGB nur an einer einzigen Stelle, nämlich da, wo es mit seiner abstrakten Kasuistik Halt macht und lediglich einen Wegweiser hinstellt. Er trägt die Aufschrift: ‚Eingang zum freien Meer der Verkehrsbedürfnisse‘. Es ist der § 242.“.

⁵⁸ Vgl. dazu nur Ph. Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, sowie generell zur Methode der Interessenjurisprudenz F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 574 ff.; zu ihrem Einfluß auf das Reichsgericht K. Kroeschell, Rechtsgeschichte Deutschlands, S. 51.

ne „wilde Hochkonjunktur“.⁵⁹ An dieser Entwicklung vermochte auch die vehemente Kritik Hedemanns, der vor einer aufgrund von Rechtszersplitterung, Haltlosigkeit und Bequemlichkeit erfolgenden Flucht in die Generalklauseln warnte,⁶⁰ nichts zu ändern. In eine Krise gelangten die Generalklauseln erst durch ihre Diskreditierung in der nationalsozialistischen Zeit,⁶¹ die nach dem zweiten Weltkrieg eine Art „Rehabilitierung“ insbesondere durch die Arbeiten Karl Engischs und Josef Essers erforderlich machte.⁶² Die aktuelle Bedeutung der Generalklauseln läßt sich etwa am großen Umfang der Bearbeitungen im Staudinger-Kommentar ablesen.⁶³

2. Erklärungsansätze

Für den dargestellten frappierenden Unterschied zwischen dem deutschen und französischen Recht gibt es mehrere Ursachen.

a) Unterschiedlich ausgeprägte dezentrale Flexibilität der Privatrechtskodifizierungen

Der erste Grund dürfte in der unterschiedlich ausgeprägten dezentralen Flexibilität des BGB und des Code civil liegen. Das BGB enthielt im Vertragsrecht bis zur Schuldrechtsmodernisierung im Jahre 2002 vergleichsweise wenige wertausfüllungsbedürftige Tatbestands- und Rechtsfolgelemente. Das technische Räderwerk des BGB wurde daher vor allem über einige wenige zentrale „Schmierstellen“, die Generalklauseln, gängig gehalten. Sie bilden bis heute gewissermaßen eine Art vor die Klammer gezogenen Allgemeinen Teil der unbestimmten Rechtsbegriffe. Demgegenüber weist der Code civil im Vertragsrecht zahlreiche dezentrale unbestimmte Rechtsregeln auf. Zu nennen sind zunächst Verweise auf rechtliche Wertmaßstäbe wie den *ordre public* (Art. 6, 1133 C. civ.), auf moralische Wertmaßstäbe wie die *bonnes mœurs* (Art. 6, 1133, 1172

⁵⁹ Dazu näher J.W. Hedemann, Flucht, S. 9 ff.; ferner Uhlmann, LZ 1931, 129, 150.

⁶⁰ J.W. Hedemann, Flucht, S. 53 ff.

⁶¹ Siehe dazu näher B. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, S. 210 ff. und K. Kroeschell, Rechtsgeschichte Deutschlands, S. 87 ff.

⁶² K. Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1. Aufl. 1953; J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1. Aufl. 1956.

⁶³ Siehe dazu Staudinger / Kohler / Sack § 138 BGB (13. Aufl. 1996: 175 Seiten); Staudinger / Roth § 157 BGB (13. Aufl. 1996: 578 Seiten); Staudinger / J. Schmidt § 242 BGB (13. Aufl. 1995: 560 Seiten).

C. civ.) und auf ökonomische Wertmaßstäbe wie die *utilité commune* (Art. 1137 C. civ.) sowie Bezugnahmen auf den Vertrauensgrundsatz (Art. 1134 Abs. 3 C. civ.), die Verkehrssitten (Art. 1135 C. civ.) und die Billigkeit (Art. 1135 C. civ.). Zudem haben zahlreiche unbestimmte Konzepte bzw. Begriffe wie die *cause* (Art. 1131, 1133 C. civ.), die *nature de l'obligation ou de la convention* (Art. 1135, 1122, 1158 C. civ.), die *prévisibilité* (Art. 1150 C. civ.), der *caractère immédiat et direct* (Art. 1151 C. civ.), die *équivalence* (Art. L 132-1 Abs. 1 C. consom., Art. 1118, 1305, 1674 C. civ.) die *imputabilité* (Art. 1147 C. civ.) und der *excès* (Art. 1152 Abs. 2 C. civ.) oder Standards wie der *bon père de famille* (Art. 1137 Abs. 1 C. civ.) Eingang in den Code civil gefunden. Eine Besonderheit des französischen Rechts sind schließlich unbestimmte Fristen- (Art. 1648 C. civ.) und Fälligkeitsregelungen (Art. 1244-1 C. civ.).

Bei dieser Dezentralisierung handelt es sich nicht allein um eine andere Gesetzgebungstechnik. Die Streuung und damit die Verortung in unterschiedlichen Regelungszusammenhängen bringt auch eine inhaltliche Ausdifferenzierung und Beschränkung mit sich. Als Beispiel sei hier der Grundsatz von Treu und Glauben angeführt. In § 242 BGB bildet er in den Worten Hedemanns die „Aufschrift über dem Portal des gesamten Schuldrechts“.⁶⁴ Er hat sich inzwischen zu einem allgemeinen Rechtsgedanken entwickelt, dem nicht nur eine Bedeutung im gesamten Privatrecht, sondern auch im öffentlichen Recht zukommt.⁶⁵ Die Bezugnahme auf die *bonne foi* findet sich hingegen nicht in den Art. 1101 ff. C. civ., sondern lediglich im dritten Absatz von Art. 1134 C. civ. – also bestenfalls als Aufschrift auf dem Portal des Rechts der Vertragserfüllung. Außerdem bildet Art. 1134 Abs. 3 C. civ. systematisch eine Ergänzung zum ersten Absatz der Vorschrift. Er sollte nach dem Willen seiner Redakteure und wichtigsten Interpreten nur den Grundsatz der Vertragstreue bestärken und den Inhalt der Obligation im Zusammenspiel mit Art. 1135 C. civ. eher erweitern als einschränken.⁶⁶ Eine rechtskorrigierende Funktion war ihm damit zumindest nicht in die Wiege gelegt.

b) Unterschiedlich ausgeprägte Trennung zwischen Recht und Moral

Ein zweiter Grund mag die charakteristische Zurückhaltung des französischen Rechts gegenüber der normativen Kraft von Verkehrsanschauun-

⁶⁴ J.W. Hedemann, Werden und Wachsen, S. 10.

⁶⁵ Siehe dazu nur die Nachweise bei Staudinger/J. Schmidt § 242 Rn. 162.

⁶⁶ Siehe dazu näher P. Jung, Vertragsbindung, S. 36 f.

gen sein.⁶⁷ Aus der Perspektive einer strengen Trennung von Recht und Moral erscheint dann etwa der Verweis von Art. 1135 C. civ. auf *équité* und *usage* als ein Sündenfall und als eine eng auszulegende Ausnahmeregelung. In Deutschland wird es hingegen sehr oft als ein begrüßenswertes Merkmal der Generalklauseln angesehen, daß sie auf außerrechtliche Maßstäbe verweisen und damit die Anpassungsfähigkeit des Rechts an geänderte Wertvorstellungen und die Akzeptanz der Rechtsordnung in der Gesellschaft fördern.⁶⁸

c) Unterschiede im Richterverständnis

In Frankreich ist zudem traditionell die Angst weit verbreitet, dem Richter durch Generalklauseln einen zu großen Spielraum einzuräumen und dadurch die Rechtssicherheit zu gefährden.⁶⁹ Man fürchtet die richterliche Willkür (*arbitraire du juge*),⁷⁰ eine dem Primat des Gesetzes widersprechende Richterherrschaft (*gouvernement des juges*)⁷¹ und ein „happening dans le domaine du droit“.⁷² Der ursprüngliche Vorschlag, dem Richter durch den *code civil* auch die Funktion eines „ministre d'équité“ zuzugestehen⁷³, wurde von den Endredakteuren bewußt verworfen⁷⁴. Gründe waren die negativen Erfahrungen mit der Willkür der Parlements im Ancien Régime,⁷⁵ die auf Montesquieu zurückgehende strenge französische

⁶⁷ In diesem Sinne P. Hébraud, *Mélanges Couzinet*, S. 329, 331 und F. Pollaud-Dulian, D.1993.chron.97; vgl. auch Hartmann, AcP 73 (1888), 309, 314 und 321.

⁶⁸ Dazu nur G. Teubner, *Standards*, S. 65 ff.; E.A. Kramer, *Methodenlehre*, S. 63 f.

⁶⁹ Dazu nur L. Julliot de la Morandière, Festgabe A. Simonius, S. 181 ff.; Nast, *La fonction de la jurisprudence*, S. 5; H. Mazeaud / L. Mazeaud, *RTD civ.* 1948, 332 f.

⁷⁰ Dazu nur G. de Lagrange, *L'intervention du juge*, S. 219 und J.-L. Bergel, *Méthodologie*, S. 358 ff.

⁷¹ Dazu etwa M. Nast, *La fonction de la jurisprudence*, S. 5.

⁷² Dazu E. Agostini, D.1978.chron.8.

⁷³ Siehe dazu im einleitenden Kapitel des Entwurfs zum *Code civil* aus dem Jahre VIII: « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle ou aux usages reçus dans la loi positive. ».

⁷⁴ Dazu näher K. Stoyanovitch, *De l'intervention du juge*, 1941, S. 233 f.

⁷⁵ Vgl. dazu das Sprichwort „Dieu nous garde de l'équité des Parlements!“ und dessen Erläuterung bei H. Roland / L. Boyer, *Adages*, Nr. 93; zum Fehlen einer Urteilsbegründung F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français*, S. 538.

Gewaltenteilungslehre⁷⁶ und der Gesetzeskult der Revolutionäre, die teilweise das Wort „*jurisprudence*“ aus dem französischen Wortschatz verbannen wollten.⁷⁷ Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde allerdings auch in Frankreich durchaus die Forderung nach einem Ermessensspielraum (*pouvoir discrétionnaire*) und einer freieren Rechtsfindung (*libre recherche scientifique*) des Richters laut.⁷⁸

Daneben ist der seltene Rückgriff der französischen Gerichte auf die Generalklauseln durch eine freiwillige Selbstbeschränkung des Richters (*autolimitation du juge*) motiviert. Angesichts der Schwere der Aufgabe, einer befürchteten Prozeßflut und Zweifeln an der eigenen wirtschaftlichen und sozialen Kompetenz schreckt der französische Richter insbesondere auch vor Eingriffen in das Vertragsgefüge zurück.⁷⁹ Das durch Art. 5 C. civ. verfügte Verbot von allgemeinen Grundsatzentscheidungen (*arrêts de règlement*) sowie der knappe Urteilsstil dürften der Ausbildung einer Dogmatik und Konkretisierung von Generalklauseln ebenfalls im Wege gestanden haben.

Demgegenüber fallen in Deutschland der Siegeszug und die Konsolidierung der Generalklauseln nicht zufällig in eine Zeit, in der man nach Abschaffung der Monarchie unter dem Einfluß der Freirechtsschule und Interessenjurisprudenz dem „Richterkönigtum“ huldigte.⁸⁰ So sollte der

⁷⁶ Siehe insbesondere Ch.-L. de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre XI, chap. 6: « Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas trop rigoureuse. Mais les juges de la nation, ne sont que ... la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui ne peuvent modérer ni la force ni la rigueur. ».

⁷⁷ Siehe dazu insbesondere die Aussage Robespierres in der Sitzung der Assemblée constituante vom 18.11.1790: « Le mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue; il ne signifie plus rien dans le nouveau régime. Dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi ... »; die unverzichtbare Rolle des Richters hingegen hervorhebend Portalis, *Discours préliminaire sur le projet du Code Civil*, S. 8.

⁷⁸ In diesem Sinne insbesondere F. Gény, *Méthode d'interprétation* Bd. II, 1919, Rn. 176bis und Gounot, *Le principe*, S. 122 f. (Der Richter solle sich nicht mit der Rolle eines « greffier d'exécution » begnügen); siehe dazu auch die Darstellung bei Marty, *Le rôle du juge*, S. 84, 87.

⁷⁹ Dazu etwa G. Ripert, *La règle morale*, Rn. 81; G. Marty, *Le rôle du juge*, S. 84, 100; B. Oppetit, *Rapport sur le rôle du juge*, 1975, S. 185 ff.

⁸⁰ Vgl. dazu E. Fuchs, *Schreibjustiz und Richterkönigtum*, S. 109: „Nur Richterkönigen können wir die freie Rechtsfindung und Interessenabwägung, also die Rechtsprechung vom höheren Standpunkt wahrer Gerechtigkeit anvertrauen, die unsere niedere Begriffsjurisprudenz ablösen muß“.

Richter kein „nach den Gesetzen logischer Mechanik funktionierender Rechtsautomat“⁸¹ und nicht als „Feldwebel der handwerksmäßigen Logokratie“ ein „subsumtionskünstelnder Urteilsautomat“⁸² sein, sondern vielmehr als Persönlichkeit⁸³ „in voller Kenntnis der sozialen Funktionen jedes Rechtssatzes und der sozialen Wirkungen“⁸⁴ zu urteilen wissen. Dem Richter wurde dabei ausdrücklich das Recht zu einer Entscheidung contra legem zuerkannt.⁸⁵ Der den deutschen Richtern damit zugedachten Rolle entsprach auch ihr Selbstverständnis, das sich nicht nur in Leitscheidungen zu den Generalklauseln,⁸⁶ sondern auch in politischen Stellungnahmen⁸⁷ ausdrückte. Schließlich hat auch das Bundes-

⁸¹ Ph. Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 4.

⁸² E. Fuchs, Die Justiz 1925/26, 22.

⁸³ E. Ehrlich, Freie Rechtsfindung, S. 21 „Es gibt keine andere Gewähr der Rechtspflege als in der Persönlichkeit des Richters.“

⁸⁴ H. Kantorowicz (Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 46.

⁸⁵ H. Kantorowicz (Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 38 ff.; H. Bastian, S. 27 ff. und 88 ff.

⁸⁶ Ein Beispiel bildet etwa die Entscheidung RG v. 21.9.1920 RGZ 100, 129, 132: „Allein die erste und vornehmste Aufgabe des Richters geht dahin, in seiner Rechtsprechung den unabweislichen Bedürfnissen des Lebens gerechte zu werden und sich in dieser Beziehung von den Erfahrungen des Lebens leiten zu lassen. ... Diese Verhältnisse (gemeint sind die ungeahnten Umwälzungen infolge des verlorenen ersten Weltkriegs; Anm. d. Verf.) erfordern unbedingt das Eingreifen des Richters in bestehende Vertragsverhältnisse dann, wenn anders nicht ein Treu und Glauben und jedem Gebote von Gerechtigkeit und Billigkeit hohnsprechender, einfach nicht zu ertragender Zustand geschaffen werden soll.“; ähnlich RG v. 1.2.1921 Warn 14 Nr. 65, S. 80; RG v. 7.6.1921 RGZ 102, 272, 274; RG v. 26.5.1922 JW 1922, 910; RG v. 27.6.1922 RGZ 104, 394, 397 und 402; später auch BGH v. 23.10.1951 JZ 1952, 145, 146.

⁸⁷ Ein berühmtes Beispiel bildet die selbstbewußt drohende Stellungnahme des Richtervereins beim Reichsgericht gegen das vom Gesetzgeber geplante Aufwertungsverbot, in: JW 1924, 90: „Wenn der höchste Gerichtshof des Reiches nach sorgfältiger Erwägung des Für und Wider zu einer solchen Entscheidung (gemeint ist das Aufwertungsurteil v. 28.11.1923 RGZ 107, 78, Anm. d. Verf.) gelangt ist, so glaubt er von der Reichsregierung erwarten zu dürfen, daß die von ihm vertretene Auffassung nicht durch einen Machtspruch des Gesetzgebers umgestoßen wird. ... Dieser Gedanke von Treu und Glauben steht außerhalb ... einer einzelnen positiv-rechtlichen Bestimmung. Keine Rechtsordnung, die diesen Ehrennamen verdient, kann ohne jenen Grundsatz bestehen. Darum darf der Gesetzgeber nicht ein Ergebnis, das Treu und Glauben gebieterisch fordern, durch sein Machtwort vereiteln. ... Eine gesetzgeberische Maßnahme, die die Betroffenen schädigt, kann sich vom Standpunkte des Ganzen nachträglich als unzweckmäßig herausstellen. Der Gefahr solcher Mißgriffe kann

verfassungsgericht die Befugnis des Richters zur „schöpferischen Rechtsfindung“⁸⁸ und zur Präzisierung von Generalklauseln⁸⁹ im Hinblick auf Art. 20 III GG als verfassungsgemäß bestätigt.

d) Unterschiede in der vertragsrechtlichen Dogmatik

Im französischen Vertragsrecht sprach auch die bis heute dominierende Konzeption des Vertrags als eines freien Ausgleichs antagonistischer Interessen gegen eine richterliche Heranziehung von Generalklauseln zur Vertragsergänzung oder Vertragskorrektur. Danach sollte nämlich die Freiheit der Parteien in den Vertrag Eingang finden, dann aber darin aufgehen und aufgrund der absoluten Vertragsbindung nach Art. 1134 Abs. 1 C. civ. letztlich verschwinden. Prägend wirkte die berühmte Formel von Fouillée: « Qui dit contractuel, dit juste ».⁹⁰ Das klingt noch deutlicher als die in Deutschland immer wieder durch Voraussetzungen und Einschränkungen abgeschwächte Schmidt-Rimplersche Richtigkeitsgewähr.

Vor dem Hintergrund dieses Vertragsverständnisses dürfen dem französischen Richter daher auch *équité* und *bonne foi* nicht als Vorwand dafür dienen, sich vom geäußerten Parteiwillen und privatautonomen Interessenausgleich zu entfernen.⁹¹ Die Parteien sollen nicht bevormundet wer-

kein Gesetzgeber entgehen. ... Schon ist ... die Frage erörtert worden, ob nicht der geplante Eingriff als ein Verstoß gegen Treu und Glauben, als unsittlich seiner unsittlichen Folgen wegen, als eine verfassungswidrige Enteignung ... rechtsunwirksam wäre. Die ernste Gefahr einer solchen oder ähnlichen richterlichen Beurteilung der geplanten Maßnahme – auch durch das höchste Gericht – besteht, ... Der unterzeichnete Vorstand bittet, dieses Bild von der Stimmung beim Reichsgericht, so ernst, wie es geschildert ist, zu würdigen“.

⁸⁸ BVerfG v. 14.2.1973 NJW 1973, 1221, 1225 (Soraya): „Die Aufgabe und Befugnis des Richters zu ‚schöpferischer Rechtsfindung‘ ist dem Richter – jedenfalls unter der Geltung des Grundgesetzes – im Grundsatz nie bestritten worden. ... er ist zu freier Handhabung der Rechtsnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, ‚Recht‘ zu sprechen, verfehlen will“.

⁸⁹ BVerfG v. 8.2.1972 BVerfGE 32, 311, 317 (Grabsteinaufträge III).

⁹⁰ Dazu A. Barreire, L'évolution, S. 18 m.w.N.

⁹¹ Dazu nur Cass. civ. v. 6.3.1876 D.1876.1.193, 197; TGI de Brest v. 24.9.1974 Gaz.Pal.1975.1.Somm.162; Cass. soc. v. 9.10.1985 (Chanoine c. Dame Ruiz), unveröffentlicht: « La cour d'appel n'était pas fondée à substituer des considérations d'équité à la force obligatoire de la convention des parties, en imputant à faute à M. Chanoine le fait de s'être prévalu de la clause litigieuse »; im

den. Der französische Richter hat sich an den klaren Vertragswortlaut zu halten und grundsätzlich selbst nebensächliche Vertragsklauseln zu respektieren.⁹² Er soll die Vertragsqualifikation der Parteien beachten⁹³ und den Leistungsinhalt nicht abändern.⁹⁴ Das Unterlassen einer vertraglichen Regelung hat er als bewußt zu unterstellen, was einer Vertragsergänzung enge Grenzen setzt.⁹⁵ Bei einer Zuwiderhandlung unterliegt sein Urteil wegen eines *refus d'application du contrat*⁹⁶ oder einer *dénaturation des clauses claires et précises*⁹⁷ fast unweigerlich der Kassation.

Trotz dieser vergleichsweise restriktiven Grundhaltung ist es aber auch in Frankreich immer wieder zu Eingriffen des Richters in das Vertragsgefüge gekommen. Diese wurden dann allerdings weniger unter Rückgriff auf die objektiven Begriffe der *bonne foi* und *équité* als vielmehr mit Hilfe der Vertragsauslegung gerechtfertigt.⁹⁸ Außerdem handelte es sich bis

Schrifttum: R. Vouin, *La bonne foi*, S. 102 ff.; G. Marty, *Le rôle du juge*, S. 84, 100; H. Capitant, *RTD civ.* 1932, 721, 723 f.; E. Gounot, *Le principe*, S. 73 ff.

⁹² Dazu etwa *Cass. soc.* v. 12.5.1965 D.1965.Jur.652; *Cass. civ.* v. 25.4.1972 D.1973.Jur.661; *Cass. com.* v. 30.6.1980 Bull.civ.IV.no.281; *Cass. com.* v. 29.6.1981 JCP.1981.IV.339; *Cass. civ.* v. 14.10.1987 Bull.civ.III.no.169.

⁹³ Dazu etwa *Cass. com.* v. 16.3.1964 Bull.civ.III.no.144; vgl. auch Art. 12 Abs. 2 und 4 NCPC.

⁹⁴ Dazu etwa *Cass. civ.* v. 8.5.1933 D.H.1933.395; *Cass. civ.* v. 25.4.1972 D.1973.Jur.661; *Cass. com.* v. 31.5.1988 JCP.1988.IV.279; *Cass. civ.* v. 1.3.1989 D.1989.IR.100.

⁹⁵ Dazu etwa *Cass. civ.* v. 4.10.1989 Bull.civ.III.no.184; *Cass. civ.* v. 4.7.1968 Bull.civ.III.no.325.

⁹⁶ Dazu etwa *Cass. civ.* v. 10.3.1919 S.1920.1.105 (Aufhebung des Instanzurteils, das die Anwendung einer klaren Vertragsklausel unter Berufung auf die veränderte Verkehrssitte aus Billigkeitsgründen verweigert hatte; krit. Anm. Naquet); *Cass. civ.* v. 30.4.1928 Gaz.Pal.1928.2.107 (Aufhebung des Instanzurteils, das die Anwendung einer klaren Vertragsklausel wegen Unverhältnismäßigkeit aus Billigkeitsgründen verweigert hatte).

⁹⁷ Siehe dazu die Leitentscheidung *Cass. civ.* v. 15.4.1872 D.1872.1.176: « Vu l'article 1134 du Code civil: – Attendu ... qu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, et de modifier les stipulations qu'elles renferment »; ähnlich *Cass. civ.* v. 27.1.1931 Gaz.Pal.1931.1.448; *Cass. civ.* v. 29.5.1933 Gaz.Pal.1933.2.316; *Cass. civ.* v. 9.10.1940 D.1941.Jur.130; *Cass. civ.* v. 16.12.1940 D.1941.Jur.130; *Cass. civ.* v. 14.12.1942 D.1944.Jur.112; *Cass. com.* v. 18.1.1950 D.1950.Jur.397.

⁹⁸ Siehe dazu etwa *Cass. civ.* v. 10.11.1930 D.H.1930.569 (die Abtretung von Urheberrechten an einem musikalischen Werk umfasse nach Erfindung der Schallplatte auch die Schallplattenrechte); ferner G. Morin, *La révolte des faits*,

zum Ende der 80er Jahre um vereinzelt gebliebene Ausnahmen, die insbesondere nicht als Ausdruck allgemeiner dogmatischer Konzepte betrachtet wurden, wenn man vielleicht einmal von der seit 1915 auch höchststrichterlich etablierten Rechtsmißbrauchslehre (*théorie de l'abus de droit*)⁹⁹ absieht. Beispiele für relativ häufige richterliche Vertragskorrekturen sind die Anpassung von Honorarvereinbarungen¹⁰⁰ und die Substituierung einer fehlgeschlagenen bzw. rechtswidrigen Anpassungsklausel durch eine andere.¹⁰¹ Anerkannt ist zudem die richterliche Ergänzung bestimmter Verträge um eine *obligation de sécurité*¹⁰² und eine *obligation de renseignement ou de conseil*.¹⁰³ Daneben haben die Gerichte auch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, klare Vertragsklauseln als bloße unabhängig vom individuellen Parteiwillen in den Vertrag gelangte *clauses de style* zu qualifizieren, um sie auf diese Weise ignorieren zu können.¹⁰⁴

Darüber hinaus wurde die allgemeine Lehre vom Rechtsmißbrauch auch im Vertragsrecht fruchtbar gemacht.¹⁰⁵ Dies gilt nicht nur für die Kontrolle von AGB, die bis heute noch einen Anwendungsfall der *théorie de l'abus de droit* bildet, sofern nicht die auf den Schutz von consommateurs und non-professionnels beschränkte Sonderregelung des Art. L. 132-1 C. consom. Eingreift.¹⁰⁶ Ein *abus de droit* wurde in Einzelfällen auch bei einer Verweigerung bzw. einem Abbruch von Vertragsverhand-

S. 124 ff. und B. Starck / L. Roland / H. Boyer, *Droit civil II*, 6. Aufl. 1999 Rn. 1157 m.w.N.; krit. E. Gounot, *Le principe*, S. 210 ff. (vielfache Willensfiktion).

⁹⁹ Siehe dazu die Leitentscheidung *Cass. req.* v. 3.8.1915 DP.1917.I.79 (Clément-Bayard), in der es um die missbräuchliche Ausübung des Grundeigentumsrechts ging, und für das Vertragsrecht G. Blanc, *L'abus de droit*, S. 117 ff.

¹⁰⁰ Siehe dazu nur die Leitentscheidung *Cass. civ.* v. 29.1.1867 DP 1867.1.53 und *Cass. com.* v. 23.5.1978 Bull.civ.IV.no.146.

¹⁰¹ Siehe dazu nur *Cass. civ.* v. 18.7.1985 Bull.civ.III.no.113 und besonders weitgehend *Cass. civ.* v. 2.5.1972 Bull.civ.III.no.268 (Verkennung des vertraglich vorgesehenen Hilfsindexes und Rückgriff auf einen vertragsfremden Bezugswert).

¹⁰² *Notarial Répertoire*, Y. Picod, *V° Contrats et obligations*, Fasc. 11 no. 61 m.w.N.

¹⁰³ *Notarial Répertoire*, Y. Picod *V° Contrats et obligations*, Fasc. 11 no. 44 und 47 sowie Fasc. 23 no. 14 ff. jeweils m.w.N.

¹⁰⁴ *Cass. civ.* v. 12.11.1928 D.H.1928.574; *Cour de Douai* v. 12.3.1900 S.1904.2.130; *Trib. civ. du Havre* v. 27.4.1929 Gaz.Pal.1929.2.207.

¹⁰⁵ Siehe dazu insbesondere Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, *Essai d'une théorie*, 1999.

¹⁰⁶ *Cass. civ.* v. 6.12.1989 D.1990.289; *Cass. civ.* v. 14.5.1991 D.1991.449; *Cass. com.* v. 15.2.2000 RTD civ. 2000, 325.

lungen,¹⁰⁷ der Ausbeutung der wirtschaftlichen Unterlegenheit des Vertragspartners,¹⁰⁸ der einseitigen Leistungsbestimmung,¹⁰⁹ der fristlosen oder willkürlichen Kündigung bzw. Nichtverlängerung von Dauerschuldverhältnissen¹¹⁰ und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage¹¹¹ für möglich gehalten. Dabei wird dann geprüft, ob der Rechtsinhaber objektiv überhaupt im Rahmen seines Rechts gehandelt hat. Ist dies der Fall, besteht eine Vermutung der Rechtmäßigkeit seines Handelns. Ein Rechtsmißbrauch kann daher nur angenommen werden, wenn die Ausübung eines subjektiven Rechts ausschließlich dem Ziel dient, dem Vertragspartner zu schaden. Da diese Schädigungsabsicht im konkreten Fall zumeist nur schwer nachzuweisen ist, wird sie ihrerseits aufgrund von zwei Umständen vermutet: der Existenz eines Schadens einerseits und dem Fehlen jeglichen Interesses an der Rechtsausübung auf Seiten des Rechtsinhabers andererseits. Als Rechtsfolgen kommen dann trotz des deliktsrechtlichen Ursprungs der *théorie de l'abus de droit* nicht nur eine Schadensersatzleistung, sondern auch die Unwirksamkeit entsprechender Vertragsklauseln oder ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch in Betracht.¹¹²

Der französische Gesetzgeber hat entgegen der allgemeinen Tendenz schließlich immer wieder Vertrauen in die Ermessensausübung des Richters gesetzt und ihn zusehends zu Eingriffen in das Vertragsgefüge ermächtigt.¹¹³ Dies gilt insbesondere für sondergesetzliche Regelungen der

¹⁰⁷ Cass. com. v. 22.2.1994 Bull.civ.IV.no.79; Cour de Paris v. 14.2.1991 D.1991.IR.122; insoweit ist es allerdings umstritten, ob es sich bei dem Recht, einen Vertrag nicht abschließen zu müssen, um ein subjektives Recht oder um ein bloßes Freiheitsrecht handelt, das im französischen Recht vielfach als einem Rechtsmißbrauch unzugänglich angesehen wird (dazu G. Blanc, *L'abus de droit*, S. 117, 119).

¹⁰⁸ G. Blanc, *L'abus de droit*, S. 117, 120 f.

¹⁰⁹ Siehe dazu Ass. plén. v. 1.12.1995 D.1996.jur.13 (Mißbrauchskontrolle der Leistungsbestimmung statt Anwendbarkeit von Art. 1129 C. civ.).

¹¹⁰ Cass. req. v. 4.5.1905 D.1906.1.359; Cass. civ. v. 22.2.1968 D.1968.607; Cass. com. v. 9.2.1976 Bull.civ.IV.no.44; Cass. com. v. 6.1.1987 D.1987.IR.13; G. Blanc, *L'abus de droit*, S. 117, 123 ff.; C. Mestre, *La cessation*, S. 13, 19; speziell zur mißbräuchlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen P. Ancel / C. Didry, *L'Apparition*, S. 51, 55 ff.

¹¹¹ Cass. req. v. 15.3.1920 S.1920.1.117 (Verwirkung des Rechts auf Schadensersatz im Rahmen der Vertragsauflösung infolge eines *abus de droit* bei Ablehnung eines angemessenen Aufwertungsangebots des Käufers).

¹¹² Siehe zum Ganzen nur J.-L. Bergel, *Méthodologie*, S. 385 f. und P. Ancel, *L'abus de droit*, S. 15, 26 ff.

¹¹³ Näher G. de Lagrange, *L'intervention du juge*, S. 92, 162 und 238 f.

clausula-rebus-sic-stantibus-Problematik,¹¹⁴ für die Kontrolle von Vertragsstrafen gemäß Art. 1152 Abs. 2 C. civ.¹¹⁵ und für die Anpassung letztwillig verfügter Auflagen und Lasten gemäß Art. 900-2 C. civ.¹¹⁶

3. Konvergenztendenzen

In den letzten Jahren haben sich das deutsche und französische Recht ein wenig aufeinander zu bewegt. Im deutschen Vertragsrecht, das seit hundert Jahren durch einige wenige große Generalklauseln geprägt ist, kann man eine Dezentralisierung der wertausfüllenden Rechtsanwendung beobachten. Denn mit Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung und des Schadensrechtsänderungsgesetzes sind neben die §§ 138, 157 und 242 BGB zusätzliche „kleine“ Generalklauseln (§§ 241 Abs. 2, 253 Abs. 2, 313, 314 BGB) sowie weitere unbestimmte und zur Interessenabwägung anregende Begriffe und Konzepte (§§ 275 Abs. 2 und 3, 282, 284, 323 Abs. 2 Nr. 3, 324, 439 Abs. 3 und 440 BGB) getreten, die bekanntlich auch zahlreiche Abgrenzungsprobleme zu den etablierten und teils kodifizierten Generalklausel-Konkretisierungen aufwerfen. Zu dieser Tendenz passen auch die Überlegungen des Staudinger-Kommentators Jürgen Schmidt zu einer möglichst dezentralen Kommentierung der unzähligen über § 242 BGB gelösten Rechtsfragen.¹¹⁷

Auf der anderen Seite des Rheins läßt sich seit Ende der 80er Jahre eine Entdeckung bzw. Belebung der Generalklauseln verzeichnen. Dies gilt insbesondere für den Grundsatz von Treu und Glauben,¹¹⁸ aber auch den

¹¹⁴ Siehe dazu die Liste der sondergesetzlichen Regelungen bei A. Barreyre, *L'évolution*, S. 112; näher zur Loi Failliot vom 21.1.1918 Jung, *Vertragsbindung*, S. 28 ff.

¹¹⁵ Art. 1152 Abs. 2 C. civ. wurde eingefügt durch Gesetz No. 75-597 v. 9.7.1975 (dazu F. Sanz, RTD civ. 1977, 268, 284) und ergänzt durch Gesetz No. 85-1097 v. 11.10.1985; bis dahin bestand die Cour de Cassation auf der Erfüllung selbst unangemessener Vertragsstrafen (Cass. com. v. 2.11.1967 D.1968.Somm.30 und Cass. com. v. 4.7.1972 D.1972.732).

¹¹⁶ Näher C. Witz, D.1985.chron.109 ff.

¹¹⁷ Staudinger/J. Schmidt, § 242 BGB Rn. 238 ff. und insbesondere Rn. 241: „Ein solches Vorgehen erschiene mir optimal ... Dennoch ist es als Verfahren „zu § 242“ so unüblich, daß vorläufig an dieser Stelle bei der Gesamtkommentierung darauf verzichtet wird.“

¹¹⁸ J. Ghestin, *Traité de Droit Civil – La formation du contrat*, Rn. 255 ff.; Ph. Malaurie / L. Aynès, *Cours de Droit Civil – Bd. 6/2*, Rn. 367; *Notarial Répertoire*, Y. Picod, *V° Contrats et obligations*, Fasc. 11 no. 4 ff.

ordre public,¹¹⁹ die bonnes mœurs¹²⁰ und die équité.¹²¹ Aus dem früher einheitlichen Block des Art. 1134 C. civ. ist ein Spannungsbogen mit zwei Säulen, nämlich dem Grundsatz der Vertragsbindung in Abs. 1 und dem Grundsatz von Treu und Glauben in Abs. 3, geworden.¹²² Hinzu kommt ein Bedeutungszuwachs der Lehre vom Rechtsmißbrauch, die im Vertragsrecht nicht mehr nur auf Schikanefälle Anwendung findet und zunehmend als Unterfall des Treuegebots in Art. 1134 Abs. 3 C. civ. verstanden wird.¹²³ Vor dem Hintergrund einer seit 1804 nahezu unveränderten gesetzlichen Grundlage geht dies einher mit einer geänderten vertragsrechtlichen Konzeption. Der Vertrag wird nicht mehr so sehr als ein antagonistisches, allein durch die Privatautonomie legitimates und nach außen hin abgeschlossenes Rechtsinstitut betrachtet. Eine wachsende Zahl von Rechtswissenschaftlern sieht ihn vielmehr als ein von der Rechtsordnung legitimates Kooperationsinstrument gleichberechtigter Parteien mit affectio contractus und allgemein gesellschaftlichen Auswirkungen.¹²⁴ Als solches ist der Vertrag durch ausgeglichene und brüderliche Rechtsbeziehungen gekennzeichnet.¹²⁵

Die Gleichberechtigung der Vertragspartner soll durch eine großzügige Interpretation der Irrtumsvorschriften, durch Aufklärungspflichten und durch eine Auslegung von AGB gegen den Verwender nach Art. 1162 und 1602 Abs. 2 C. civ. gesichert werden.¹²⁶ Treu und Glauben können

¹¹⁹ J. Ghestin, *Traité de Droit Civil – La formation du contrat*, Rn. 104 ff.; G. Viney / P. Jourdain, *Traité de Droit Civil – Les conditions de la responsabilité*, Rn. 490.

¹²⁰ Zur Bedeutung der guten Sitten für die Kontrolle von freiheitsbeschränkenden Vertragsklauseln siehe etwa N. Coiret, *RTD civ.* 1985, 63 ff. (Zölibatsklauseln) und Y. Serra, *D.1987.chron.* 113 ff. (Wettbewerbsverbote) jeweils m.w.N.

¹²¹ Siehe die zahlreichen Nachweise im *Notarial Répertoire*, Y. Picod, *V° Contrats et obligations*, Fasc. 11 no. 60 ff.

¹²² Zu diesem Bild A. Bénabent, *La bonne foi*, S. 291 ff., 300; vgl. dazu auch *Notarial Répertoire*, Y. Picod, *V° Contrats et obligations*, Fasc. 11 no. 7: « Le couple harmonieux 'force obligatoire – bonne foi' glisse alors parfois vers la rupture ... ».

¹²³ Dazu etwa Cass. com. v. 3.6.1997 *D.1998.113*; näher *Notarial Répertoire*, Y. Picod, *V° Contrats et obligations*, Fasc. 11 no. 84 ff. m.w.N. und G. Blanc, *L'abus de droit*, S. 117 ff.; zum Sonderfall des Rechtsmißbrauchsverbots in gesellschaftsvertraglichen Verhältnissen näher B. Espesson-Vergeat, *La spécificité*, S. 131 ff.

¹²⁴ J. Ghestin, *Traité de Droit Civil – La formation du contrat*, Rn. 174; C. Thibierge-Guelfucci, *RTD civ.* 1997, 357, 369 und passim.

¹²⁵ C. Thibierge-Guelfucci, *RTD civ.* 1997, 357, 377 ff.; *Notarial Répertoire*, Y. Picod, *V° Contrats et obligations*, Fasc. 11 no. 4.

¹²⁶ C. Thibierge-Guelfucci, *RTD civ.* 1997, 357, 378 f.

hier durchaus einen Schutz schwächerer Vertragspartner vor unangemessenen Vertragsklauseln bewirken.¹²⁷ Befürwortet wird insbesondere eine Begrenzung der Wirkung von vertraglichen Pflichtenreduzierungen.¹²⁸ Ein krasses Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung soll entgegen der bislang nahezu einhelligen Meinung zum Fehlen der causa (absence de cause) nach 1131 und 1133 C. civ. führen.¹²⁹

Aus der fraternité werden eine noch über den Grundsatz von Treu und Glauben (devoir de loyauté¹³⁰) hinausgehende Verpflichtung zur Kooperation und Sorge um die Interessen des Vertragspartners abgeleitet.¹³¹ Das beim Vertragspartner hervorgerufene und in Anspruch genommene Vertrauen dürfe nicht enttäuscht werden.¹³² Daraus werden dann nicht nur ein Verbot widersprüchlichen Verhaltens,¹³³ ein Vertraulichkeitsgebot¹³⁴ und eine Pflicht zur Neuverhandlung bei nachträglichen Äquivalenzstörungen,¹³⁵ sondern etwa auch die Pflicht abgeleitet, sich als Vertragspartner zu informieren, um seinerseits den Vertragspartner informieren zu können.¹³⁶ Nach Treu und Glauben soll ein Versorgungsunternehmen sei-

¹²⁷ Dazu etwa C. Witz / G. Wolter, *Anm. zu Cass. civ. v. 14.5.1991*, *ZEUP* 1993, 363; Art. L 132-1 Abs. 1 C. consom. nimmt allerdings entgegen dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 der hinter der Regelung stehenden Richtlinie 93/13/EWG immer noch ausschließlich auf das „déséquilibre significatif“ und nicht auf die bonne foi Bezug.

¹²⁸ Siehe z. B. Cass. civ. v. 1.7.1964 *Bull.civ.* I.no.350; Cass. civ. v. 19.11.1985 *Bull.civ.* I.no.308; P. Delebecque, *Les clauses*, Rn. 167 ff. und 370 ff.

¹²⁹ Cass. civ. v. 3.7.1996 *RTD civ.* 1996, 903 f. (Fehlen der cause mangels einer contrepartie commerciale im Falle der Verpflichtung zum unwirtschaftlichen Betrieb eines Videoverleihs in einem Umkreis mit lediglich 1314 Einwohnern); ferner J. Calais-Auloy, *RTD civ.* 1994, 245 ff.; C. Thibierge-Guelfucci, *RTD civ.* 1997, 357, 379 f.

¹³⁰ Zur Ableitung von Loyalitätspflichten aus Art. 1134 Abs. 3 C. civ. X. Labbé, *Introduction*, S. 205; *Notarial Répertoire*, Y. Picod, *V° Contrats et obligations*, Fasc. 11 no. 5.

¹³¹ J. Ghestin, *Traité de Droit Civil – La formation du contrat*, Rn. 185; *Notarial Répertoire*, Y. Picod, *V° Contrats et obligations*, Fasc. 11 no. 44; C. Thibierge-Guelfucci, *RTD civ.* 1997, 357, 383 f.; Ph. Malaurie / L. Aynès, *Cours de Droit Civil – Bd. 6/2*, Rn. 367.

¹³² Ph. Malaurie / L. Aynès, *Cours de Droit Civil – Bd. 6/2*, Rn. 367.

¹³³ Ph. Malaurie / L. Aynès, *Cours de Droit Civil – Bd. 6/2*, Rn. 367.

¹³⁴ *Notarial Répertoire*, Y. Picod, *V° Contrats et obligations*, Fasc. 11 no. 43 m.w.N.

¹³⁵ Ph. Malaurie / L. Aynès, *Cours de Droit Civil – Bd. 6/2*, Rn. 367; *Notarial Répertoire*, Y. Picod, *V° Contrats et obligations*, Fasc. 11 no. 93 ff. m.w.N.

¹³⁶ C. Thibierge-Guelfucci, *RTD civ.* 1997, 357, 382 f.

nen Vertragspartner auch auf günstigere Bezugskonditionen, von denen es selbst profitiert, hinweisen.¹³⁷ In Distributionsnetzen kann der Prinzipal verpflichtet sein, den Absatzmittler durch eine Belieferung zu günstigeren Konditionen konkurrenzfähig zu erhalten.¹³⁸ Unter Berufung auf Floskeln wie die *nature* oder *économie du contrat* weicht die subjektive Auslegung des Vertrags zunehmend einer Berücksichtigung objektiver Gerechtigkeitsgedanken.¹³⁹

III. Die Handhabung von Generalklauseln im deutschen und französischen Recht

1. Rückgriff auf Generalklauseln

In Deutschland und Frankreich erfolgt der Rückgriff auf die Generalklausel stets subsidiär (*lex specialis derogat legi generali*) und in Frankreich immer noch mit Zurückhaltung.¹⁴⁰ Ihr Inhalt kann dann aber sowohl eine fehlende Regelung ersetzen wie auch eine bestehende Spezialregelung ergänzen und korrigieren. Bei der Auswahl der einschlägigen Generalklausel hat der Rechtsanwender dann einen gewissen Spielraum, wenn die Generalklausel weder nach ihrem Tatbestand noch ihrer Rechtsfolge bestimmt ist oder sich diesbezüglich Überschneidungen zwischen verschiedenen Generalklauseln ergeben. So können etwa die §§ 138, 157 und 242 BGB oder Art. 1134 Abs. 3, 1135 C. civ. und die *théorie de l'abus de droit* nebeneinander zur Wahl stehen. Es ist dann aber nicht nur eine bloße Geschmacksfrage, welche Generalklausel im Einzelfall herangezogen wird, da etwa bei § 138 BGB moralische Wertungen und der Schutz vor Zwangslagen, bei § 157 BGB der Parteiwille und bei § 242 BGB der Vertrauens- und Kooperationsgedanke sowie das Rücksichtnahmegebot in den Vordergrund treten. Der Wortlaut gibt hier zwar keinen subsumtionsfähigen Rechtssatz vor,¹⁴¹ enthält aber doch immerhin eine grobe Weg-

¹³⁷ Cass. civ. v. 11.6.1996 Bull.civ.I.no.245.

¹³⁸ Siehe dazu Cass. com. v. 3.11.1992 Bull.civ.IV.no.338; Cass. com. v. 25.11.1998 RTD civ. 1999, 98 f. und Cass. com. v. 15.1.2002 RTD civ. 2002, 294.

¹³⁹ Siehe z. B. Cass. com. v. 15.2.2000 RTD civ. 2000, 325; X. Labbée, *Introduction*, S. 205.

¹⁴⁰ Dies zeigt sich immer noch am deutlichsten im Bereich der Äquivalenzstörungen, bei denen im französischen Privatrecht bislang ein richterlicher Vertragseingriff nach der sog. *théorie de l'imprévision* von der h. M. abgelehnt wird (dazu näher Jung, *Vertragsbindung*, S. 20 ff.; P. Abas, S. 43 ff. und E. Cashin-Ritaine, S. 85 ff.).

¹⁴¹ Dazu nur D. Looschelders / W. Roth, *Methodik*, S. 137.

weisung auf den Inhalt der Konkretisierungsmaßstäbe und die Rechtsfolge.¹⁴²

2. Streben nach Präzisierung

a) Bedürfnis nach Präzisierung

Es ist im deutschen und französischen Recht nahezu unbestritten, daß die Generalklauseln als höchst unbestimmte Regelungen der Präzisierung¹⁴³ bedürfen, um möglichst auch in diesem Bereich ursprünglicher Orientierungslosigkeit den Sprung ins Ungewisse (*saut dans l'inconnu*) zu vermeiden, die Gefahr willkürlicher Entscheidungen zu bannen, die Rechtsicherheit zu gewährleisten, die Rechtsanwendung zu vereinfachen sowie die Lehr- und Lernbarkeit herzustellen.¹⁴⁴ Besonders in Frankreich ist die Furcht vor einer Billigkeitsrechtsprechung und Kadijustiz (*arbitraire du juge*) sowie einer Übermacht der Richter (*gouvernement des juges*) allgegenwärtig. In beiden Ländern strebt man daher nach einer nachvollziehbaren Entscheidungsbegründung, die möglichst durch eine Subsumtion unter begriffliche Tatbestandselemente oder wenigstens durch eine wertende Zuordnung zu Typen oder eine prinzipiengeleitete und ggf. schematisierte Abwägung gekennzeichnet ist.¹⁴⁵ Damit ist die Anwendung von Generalklauseln dann auch keine reine Tatsachenfrage mehr, die der freien Interpretation durch die Instanzgerichte unterläge.¹⁴⁶

¹⁴² Dazu instruktiv anhand des Beispiels der Bürgschaften von nahen Angehörigen J. Schapp, FS Söllner, S. 973, 980 ff.; generell auch Larenz, *Methodenlehre*, S. 223 und 292; E. A. Kramer, *Methodenlehre*, S. 66 f. („Orientierungshilfe“); F. Müller / R. Christensen, *Methodik* Bd. 1, Rn. 319 und F. Bydlinski, *Symposium Wieacker*, S. 189, 199 („Wegweiser zum benötigten Normenmaterial“).

¹⁴³ Der Begriff der Präzisierung wird hier im Anschluß an F. Wieacker, *Präzisierung*, 1956, S. 17 ff., als Oberbegriff für Konkretisierung und Fallgruppenbildung verwendet.

¹⁴⁴ Siehe allerdings auch R. Weber, AcP 192 (1992), 516 ff., der in der von ihm kritisierten Fallgruppenmethode eine problematische Einengung der billigen Einzelfallentscheidung des Richters sieht.

¹⁴⁵ Siehe zu dieser „Institutionalisierung der Generalklausel“ (H. Henkel, *Recht und Individualität*, S. 45) nur K. Larenz, *Methodenlehre*, S. 291 ff. und E. A. Kramer, *Methodenlehre*, S. 216 ff. einerseits sowie J.-L. Bergel, *Méthodologie*, S. 119 andererseits.

¹⁴⁶ J.-L. Bergel, *Méthodologie*, S. 120.

b) Konkretisierung und Fallgruppenbildung

Da zumindest die „großen“ Generalklauseln unmittelbar keine Begriffe, Typen oder konkreten Abwägungsgesichtspunkte bereitstellen, setzt ihre juristisch nachvollziehbare Handhabung vor der eigentlichen Anwendung auf den Sachverhalt immer noch eine Präzisierung in Form von Rechts-sätzen¹⁴⁷, Prinzipien¹⁴⁸, Leitbildern¹⁴⁹, Typen¹⁵⁰, Verkehrssitten¹⁵¹, sozial-ethischen Anschauungen¹⁵², dogmatischen Konzepten¹⁵³, technischen Normen¹⁵⁴ oder Abwägungsschemata¹⁵⁵, Topoikatalogen und Prüfungsschemata¹⁵⁶ voraus. Soweit diese Präzisierung durch derartige „Ersatztatbestandsmerkmale“¹⁵⁷ noch nicht bestehen, sind sie vom Rechtsanwender möglichst zu schaffen.

Diese Präzisierung von Tatbestand und ggf. auch Rechtsfolge erfolgt in beiden Ländern sowohl deduktiv durch Konkretisierung wie induktiv insbesondere durch Fallgruppenbildung. So versuchen Rechtsprechung und Lehre im Wege der Konkretisierung aus dem Wortlaut und Norm-

¹⁴⁷ Beispiele bilden die nunmehr in § 307 Abs. 1 und 2 sowie in § 313 BGB kodifizierten Regeln.

¹⁴⁸ Beispiele bilden die Grundrechte, das Legalitäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip, die Korrespondenz von Herrschaft und Haftung, das Vorteils-Nachteils-Prinzip sowie das Prinzip des Vertrauensschutzes.

¹⁴⁹ Zur Konkretisierung durch Leitbilder A. Röthel, Normkonkretisierung, S. 401 ff.

¹⁵⁰ Zum typologischen Denken D. Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971, und K. Larenz, Methodenlehre, S. 221 ff. und 303.

¹⁵¹ Hierauf nehmen die Generalklauseln teilweise ausdrücklich Bezug (z. B. §§ 157, 242 BGB und Art. 1135 C. civ.).

¹⁵² Dazu etwa G. Teubner, Standards, S. 65 ff. und F. Bydlinki, Symposium Wieacker, S. 189, 203.

¹⁵³ Siehe als Beispiel für die Bedeutung rechtsdogmatischer Konzepte für die Präzisierung von Generalklauseln im Vertragsrecht etwa C. Thibierge-Guelfucci, RTD civ. 1997, 357.

¹⁵⁴ A. Röthel, Normkonkretisierung, S. 271 ff.

¹⁵⁵ Zur Konkretisierung durch Abwägung A. Röthel, Normkonkretisierung, S. 146 ff.; ein Beispiel bildet die sog. Stufenlehre zu Art. 12 GG (dazu nur Jarass, Art. 12 GG Rn. 24 ff.); zur Konkretisierung durch Abwägung im Gemeinschaftsprivatrecht siehe etwa EuGH, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Océano), Slg. 2000, I-4941, Tz. 22 f.

¹⁵⁶ Generell zur Bedeutung von Topoikatalogen und Prüfungsschemata für die Präzisierung Kramer, Methodenlehre, S. 248; ein Beispiel bildet der Topoikatalog zur Konkretisierung der théorie de l'abus de droit bei G. Blanc, L'abus de droit, S. 122.

¹⁵⁷ Zu dieser Bezeichnung D. Leenen, Typus, S. 96 mit Fn. 1.

zweck der jeweiligen Generalklausel selbst,¹⁵⁸ einer etwaigen demonstrativen Kasuistik des Gesetzgebers,¹⁵⁹ dem Wortlaut, der Systematik und dem Normzweck einer ggf. zu korrigierenden Norm¹⁶⁰ sowie sonstigen allgemeinen¹⁶¹ oder speziellen¹⁶² gesetzlichen Regelungen und außergerichtlichen Wertungen¹⁶³ Entscheidungsmaßstäbe abzuleiten.¹⁶⁴ Hierbei könnten sie allerdings – wie etwa das schweizerische Bundesgericht – noch stärker vertikal und horizontal rechtsvergleichend arbeiten.¹⁶⁵ Das französische Recht kennt mit der Möglichkeit einer Vorlage an die Cour de Cassation mit der Bitte um eine unverbindliche Meinungsäußerung nach Art. 151-1 Code de l'organisation judiciaire sowie der Möglichkeit zur Verabschiedung von Dekreten des Conseil d'Etat mit Katalogen mißbräuchlicher AGB-Klauseln nach Art. L 132-1 Abs. 2 C. consom. zudem zwei besondere Konkretisierungsverfahren.

Zum anderen werden die bereits in den Zusammenhang mit einer Generalklausel gebrachten Fälle aufgrund von entscheidungserheblichen Gemeinsamkeiten im Sachverhalt und in der Problemstellung von der Rechtsprechung und Lehre in Fallgruppen geordnet und für diese dann gemeinsame Entscheidungskriterien herausgearbeitet.¹⁶⁶ In einem bislang

¹⁵⁸ Dazu etwa K. Larenz, Methodenlehre, S. 291 f.

¹⁵⁹ So besonders ausgeprägt nunmehr außerhalb des Vertragsrechts in den §§ 4 ff. UWG n. F.

¹⁶⁰ Ein Beispiel bildet die Berücksichtigung der Zwecke von Formvorschriften bei deren Einschränkung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (siehe dazu nur MünchKommBGB/Einsele § 125 Rn. 59 ff.).

¹⁶¹ Ein Beispiel bildet die sog. mittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht (dazu nur BVerfG 15.1.1958 BVerfGE 7, 198 (Lüth) im Anschluß an G. Dürig, FS Nawiasky, S. 157, 176 f.).

¹⁶² Ein Beispiel bildet die Berücksichtigung sondergesetzlicher Wertungen bei Störungen der Geschäftsgrundlage (dazu etwa Jung, Vertragsbindung, S. 80 f. und 189 ff.).

¹⁶³ Ein Beispiel bildet die Rezeption sozialer Normen (dazu nur Teubner, Standards, S. 65 ff.).

¹⁶⁴ Grundlegend zur Konkretisierung K. Engisch, Idee der Konkretisierung, 1953; zur Konkretisierung von Generalklauseln speziell etwa F. Bydlinki, Symposium Wieacker, S. 189, 196 ff.

¹⁶⁵ Vorbildlich etwa BGR v. 12.3.2002 BGE 128 III 370; zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Präzisierung und Bildung von Richterrecht generell auch E.A. Kramer, Methodenlehre, S. 229 ff.

¹⁶⁶ Zur Bedeutung der Fallgruppenbildung J. Schapp, Methodenlehre, S. 116; K. Larenz, Methodenlehre, S. 224 und 292 f.; Haubelt, Konkretisierung, S. 80 ff.; krit. R. Weber, AcP 192 (1992), 516 ff.; differenzierend S. Kamanabrou, AcP

noch nicht präzisierten Bereich hat der Rechtsanwender möglichst eine allgemeine regelfähige und diskutierbare *ratio decidendi* zu formulieren, gesondert zu begründen und etwa in einem Leitsatz auszuweisen.¹⁶⁷ Diese kann dann schrittweise weiter präzisiert und korrigiert werden. So versucht man, nachdem man in den Worten von Ernst Fuchs etwa von § 242 BGB auf das „freie Meer der Verkehrsbedürfnisse“ verwiesen worden ist,¹⁶⁸ dort mit Hilfe von Inseln, Archipelen und Halbinseln wieder systematisch Land zu gewinnen.

Auf diese Weise ist vor allem im deutschen, aber auch im französischen Recht über viele Jahrzehnte hinweg durch Rechtsprechung und Lehre ein großer Schatz an Präzisierungen geschaffen worden, die teilweise vom Gesetzgeber noch nachträglich in das BGB bzw. den Code civil aufgenommen wurden.¹⁶⁹

3. Wahrung der Flexibilität

Trotz des Strebens nach Präzisierung bleibt die Handhabung der Generalklauseln im deutschen und französischen Recht hinreichend flexibel. Die Konkretisierungen lassen bei der Anwendung auf den Einzelfall erhebliche Wertungsspielräume und die Fallgruppen sind weder abschließend noch in ihrem Randbereich klar definiert.¹⁷⁰ Es besteht in beiden Rechtsordnungen auch keine strenge Präjudizienbindung, sondern lediglich eine Präjudizienvermutung.¹⁷¹ Diese Freiheit des Richters im Anwendungsbereich einer Generalklausel bleibt zumindest in der letzten Instanz sogar dann noch erhalten, wenn bereits eine gelungene und allgemein anerkannte Präzisierung besteht.¹⁷²

202 (2002), 662, 676 f. (fehlende Eignung einzelner Generalklauseln für die Fallgruppenbildung).

¹⁶⁷ E.A. Kramer, Methodenlehre, S. 216 f.; Staudinger/J. Schmidt, § 242 BGB Rn. 203 ff. und speziell zur gesonderten Begründung der nicht unmittelbar im Gesetz enthaltenen Begründung Rn. 207 ff.

¹⁶⁸ E. Fuchs, Die Justiz 1925/26, 349.

¹⁶⁹ Zur nachträglichen Kodifikation von Konkretisierungen bzw. Fallgruppen siehe etwa §§ 311 Abs. 2, 626 Abs. 1 BGB bzw. §§ 241 Abs. 2, 305 ff., 313 BGB sowie Art. 1152 Abs. 2 C. civ. und Art. L 132-1 C. consom.

¹⁷⁰ Kritisch insoweit allerdings R. Weber, AcP 192 (1992), 516, 543 ff.

¹⁷¹ M. Kriele, Rechtsgewinnung, S. 243 ff.; R. Cabrillac, Introduction, Rn. 133 f.; krit. allerdings R. Weber, AcP 192 (1992), 516, 547 f.

¹⁷² Ein Beispiel bildet die über Jahrzehnte scheinbar unumstößliche Zurückweisung der *théorie de l'imprévision* durch die Leitentscheidung Cass. civ. v.

IV. Schlußbemerkung

Wie in den Rechten der Mitgliedstaaten finden sich auch im Gemeinschaftsprivatrecht zahlreiche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe.¹⁷³ Dieser Umstand wird besonders durch den Kompromißcharakter vieler Regelungen und das Bedürfnis nach einer auf die Integrationsziele des Binnenmarkts hin angelegten Flexibilität befördert. Auch ein künftiges Europäisches Zivilgesetzbuch wird nicht ohne möglichst dezentral platzierte Generalklauseln auskommen. Gesetzgeber und Rechtsanwender können insoweit auf die umfangreichen Erfahrungen zurückgreifen, die in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen mit Generalklauseln gemacht wurden.¹⁷⁴ Die unter anderem in Deutschland und Frankreich geleisteten methodisch-dogmatischen Vorarbeiten und der große Schatz an Präzisierungen werden dann mit dazu beitragen, daß die Generalklauseln des Gemeinschaftsprivatrechts handhabbar werden und nicht im Sinne Hedemanns als eine Gefahr für Recht und Staat erscheinen.

6.3.1876 D.1876.1.193 (Canal de Craponne), die inzwischen zunehmend in Frage gestellt wird; zur Vorbildfunktion „gelungener“ Konkretisierungen generell K. Larenz, Methodenlehre, S. 224.

¹⁷³ Näher dazu Th. Pfeiffer, Generalklausel (in diesem Band); speziell für das Europäische Gesellschaftsrecht siehe P. Jung, GPR 2003/04, 233, 236 ff.; ferner zu einer Methodenlehre des internationalen Einheitsrechts generell U.-P. Gruber, Methoden des internationalen Einheitsrechts, 2004.

¹⁷⁴ Vgl. dazu generell F. Bydlinski, Symposium Wieacker, S. 189, 193, der zutreffend darauf verweist, daß eine neue Generalklausel stets in einem historischen Kontext stehe und es daher die Situation einer „tabula-rasa-Generalklausel“ wohl nicht geben könne; näher zur historischen Auslegung des Gemeinschaftsprivatrechts in einem weiteren Sinne Ch. Baldus, Auslegung im Gemeinschaftsprivatrecht (in diesem Band).